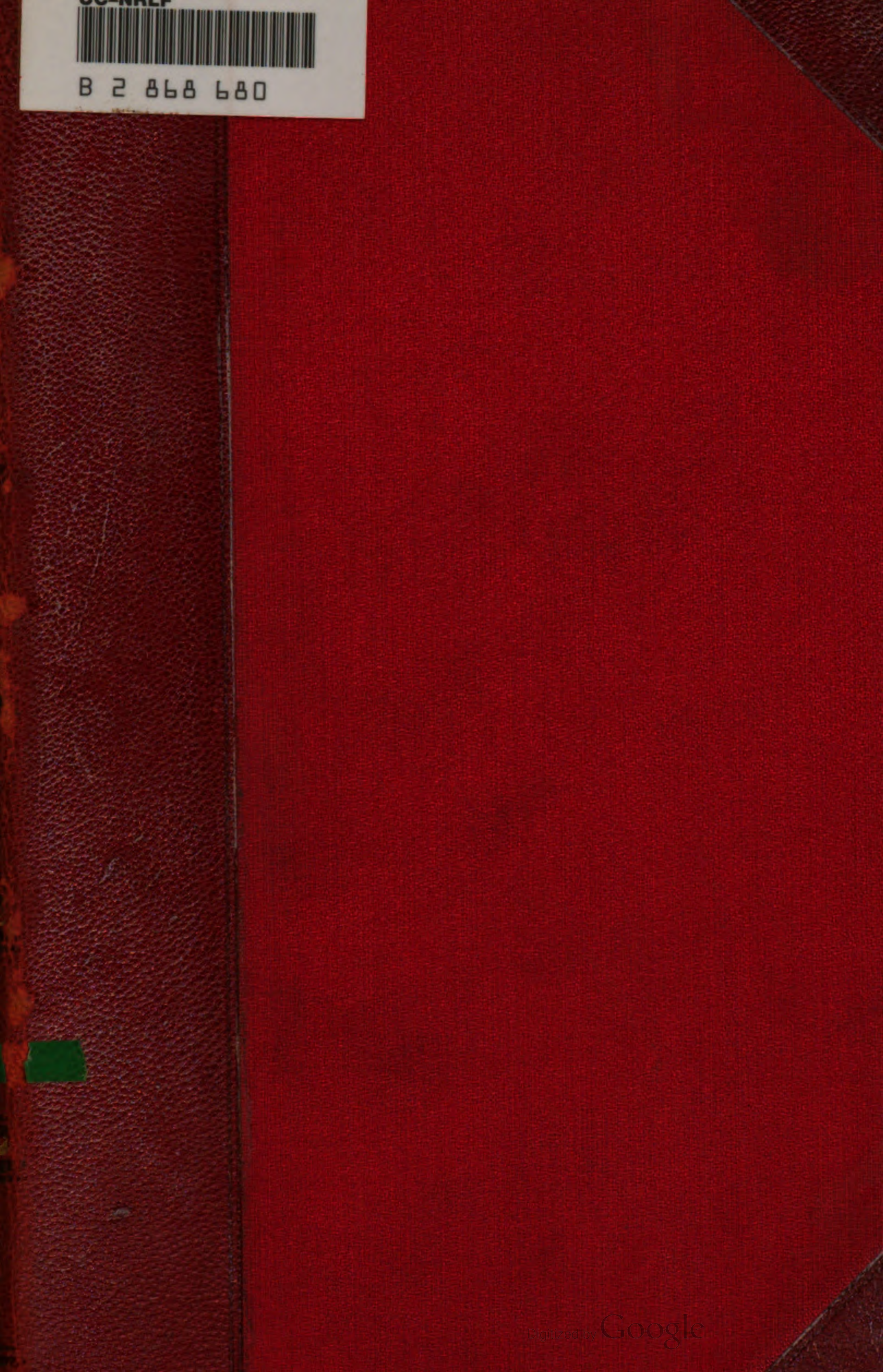
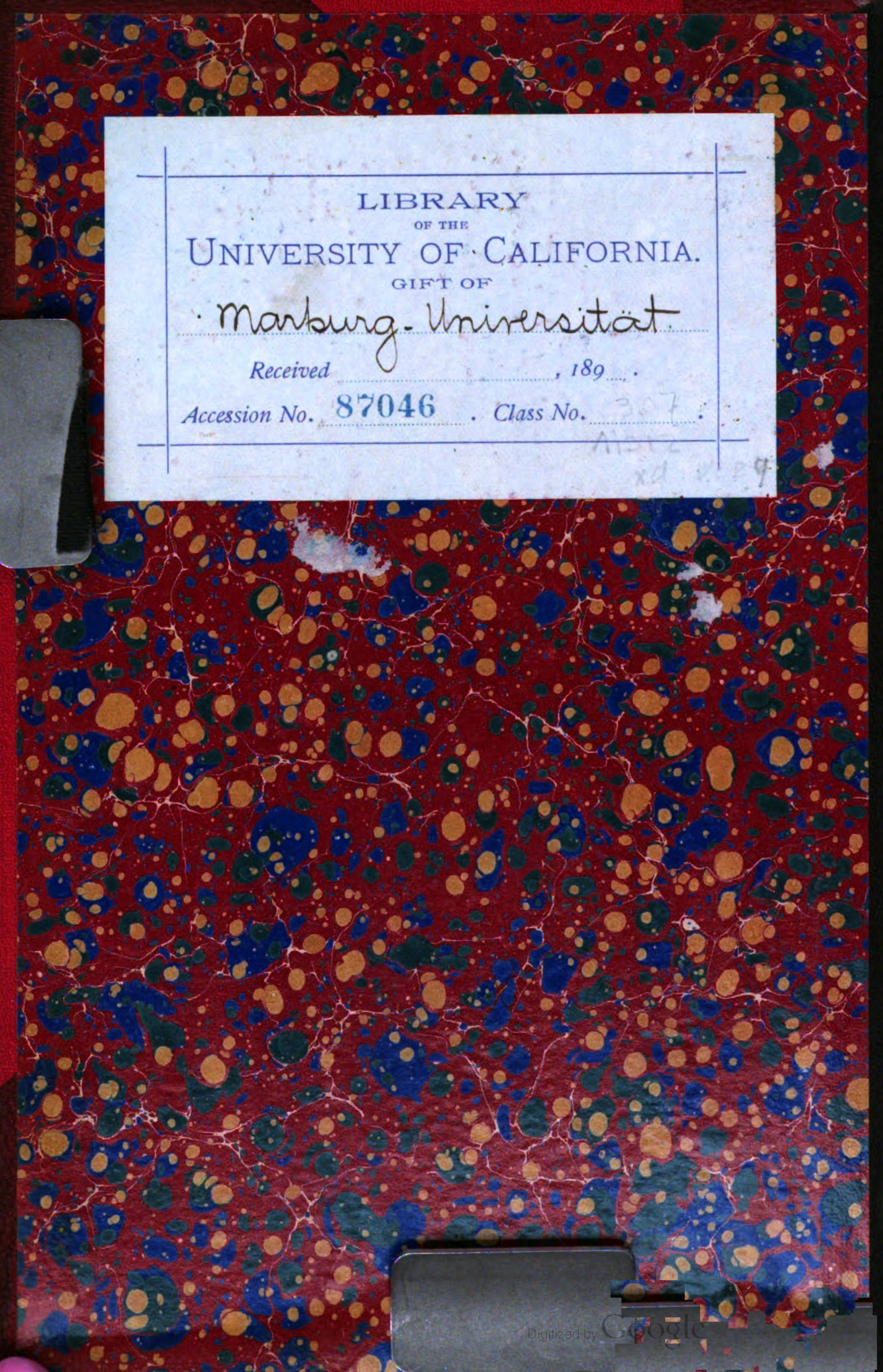
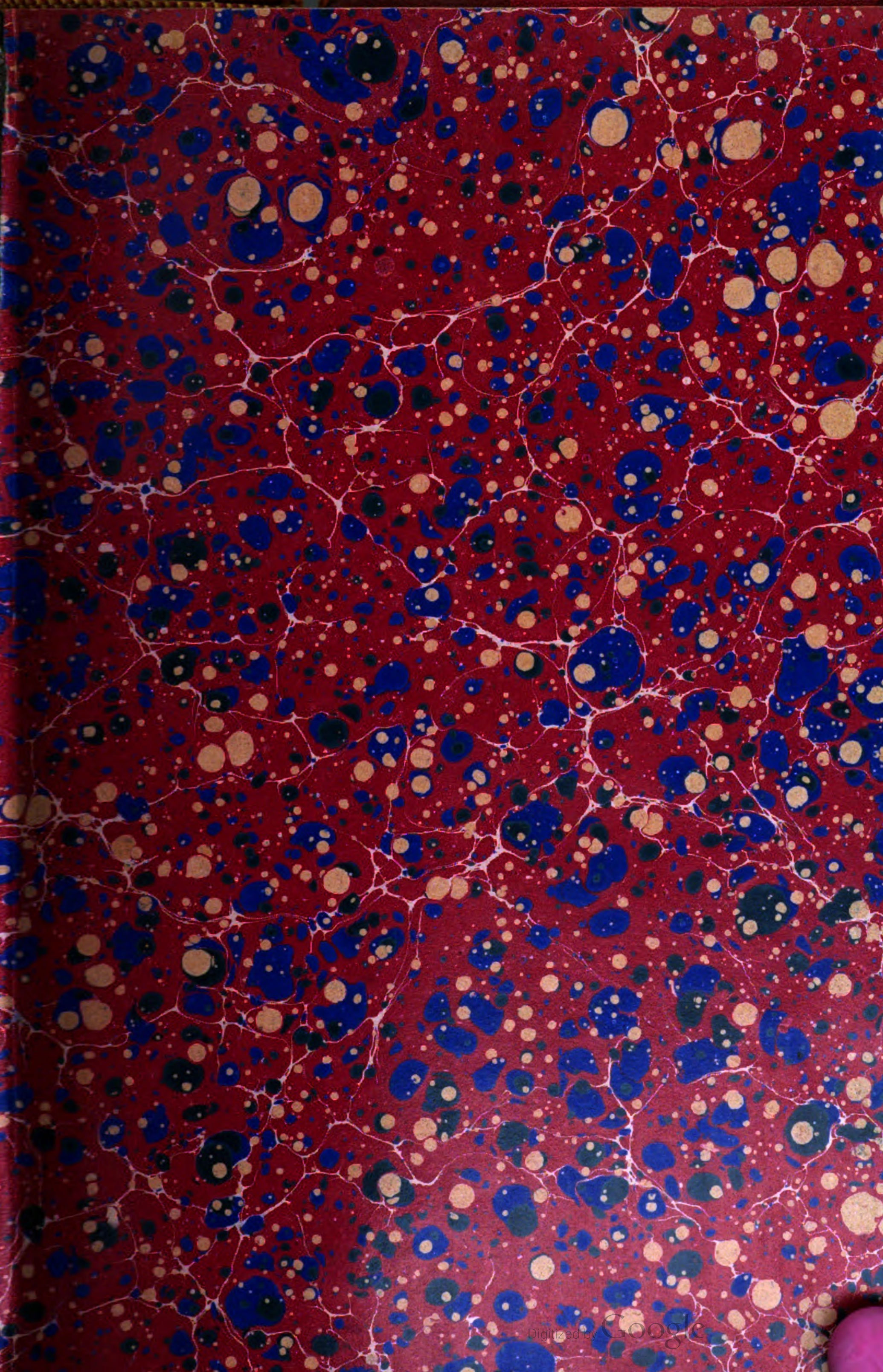



LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF CALIFORNIA.
GIFT OF
Marburg-Universität
Received , 189 .
Accession No. 87046 . Class No.



Vertragsvollziehung als Vertragsreproduction.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät zu Marburg

vorgelegt von

Paul Meyer,
Referendar in Hamburg.

Marburg.
Universitäts-Buchdruckerei (R. Friedrich).
1893.

Vertragsvollziehung als Vertragsreproduction.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät zu Marburg

vorgelegt von

Paul Meyer,
Referendar in Hamburg.

Marburg.
Universitäts-Buchdruckerei (R. Friedrich).
1893.

Seinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Geheimen Justizrat

Professor Dr. jur. L. Enneccerus

in allergrösster Hochachtung

sowie

Seinen lieben Eltern

und dem

Andenken seiner teuren Mutter

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Litteraturangabe.

1) Archiv f. civil. Praxis, Band 71, Nr. 5.
2) Bähr, Urteile des Reichsgerichts, pag. 106.
3) Bähr in Ihering's Jahrbüchern f. Dogmatik, Band 14, p. 37 ff.
4) Bechmann, Kauf II, pag, 469 ff.
5) Bekker, Pandekten II, pag. 82 ff.
6) Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden, pag. 60 ff.
7) Cujacii omnia opera, insbesondere Tom. I, col. 1021 u. V, 976 ff.
8) Dernburg, Pandekten, 2. Aufl., Bd. II, § 10, § 60 n. 2, § 94 n. 22, § 102 n. 1.
9) Endemann's Handbuch des Handelsrechts, Bd. II, pag. 464 ff.
10) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, pag. 592 ff.
11) Holtzendorff's Encyklopädie, Bd. I, 5. Aufl., pag. 506.
12) Hartmann, Obligation, pag. 153 n. 7.
13) Keller, Pandekten, pag. 436, 437.
14) Liebe, Stipulation, pag. 176.
15) Mitteis, Individualisierung der Obligation, pag. 6 n. 8.
16) Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung.
17) Pernice in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, N. F. Band 9, pag. 212.
18) Römer, Bedingte Novation, pag. 177.
19) Salkowski, Novation, pag. 176. 177.
20) Salpius, Novation, pag. 177.
21) Setzer, Abhandlungen aus dem Civilrecht I.
22) Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., pag. 763.
23) Unger, Österreichisches Privatrecht, Bd. II, § 86.
24) Wächter, Württembergisches Privatrecht, Bd. II, pag. 772.
25) Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., Bd. II, § 312.
26) Windscheid, Recensionen in der Heidelberger kritischen Zeitschrift Bd. II, pag. 115. 1.
27) Donellus XI, 649 ff.
28) Bähr, Anerkennung, pag. 51 n. 3 (2. Aufl.).

I. Einleitung.

Während dem altgermanischen Recht die schriftliche Vertragserrichtung völlig unbekannt war, und das römische erst am Ausgange seiner Entwicklung zur Anerkennung dispositiver Urkunden und damit der Möglichkeit schriftlichen Vertragsschlusses überging [1]), ist derselbe in der Gegenwart nicht bloss vom Recht allgemein zugelassen, sondern auch thatsächlich zu einer mit dem mündlichen Abschluss konkurrierenden Entstehungsform der Verträge erhoben worden.

Dabei kann der Vertrag ausschliesslich durch schriftliche Verhandlung ins Leben treten, z. B. durch brieflichen oder telegraphischen Austausch der beiderseitigen Willenserklärungen [2]). In diesem Falle liegt klar zu Tage, dass der Vertrag in und mit der Schrift seine Entstehung findet, dass dieselbe die Willenserklärungen der Parteien nicht bloss zu beweisrechtlicher Evidenz, sondern auch zu privatrechtlicher Existenz bringen soll, m. a. W., dass von den Parteien eine Dispositiv-, nicht bloss eine schlichte Beweisurkunde errichtet worden ist.

---

1) Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden, pag. 60 ff.

2) Vgl. Erk. des Berliner Obertribunals bei Seuffert, Arch. 16, No. 29: danach gilt ein durch Korrespondenz abgeschlossener Vertrag als ein schriftlicher, wenn nicht eine bestimmte Form der Schrift vorgeschrieben ist. Auch Telegramme als Mittel der Vertragsabschliessung ersetzen die Schrift, wenn die Aufgabedepeschen von dem Aufgeber oder einem gehörig legitimierten Vertreter vollzogen sind.

Nicht selten gestaltet sich aber der Vorgang in der Weise, dass der urkundlichen Abfassung des Vertrags mündliche Vereinbarungen über dessen materielle Punkte voraufgehen. Dergleichen Vereinbarungen sind juristisch in dreifacher Weise qualifizierbar [3]):

1) Die Vereinbarung ist ein blosser Traktat, d. h. ein Übereinkommen ohne Verpflichtungswillen. Vor der Niederschrift des Vertrages soll noch gar keine Gebundenheit vorhanden sein, jeder Teil kann bis dahin beliebig zurücktreten.

2) Die Vereinbarung ist ein verbindlicher Vorvertrag, sog. pactum de contrahendo über urkundliche Abfassung des Geschäfts. Inhalt des Vorvertrags ist lediglich die Mitwirkung bei dieser Abfassung, eine Pflicht, die von dem berechtigten nötigenfalls im Klagewege geltend gemacht werden kann.

3) Die Vereinbarung enthält bereits den vollendeten Vertrag, aber zur Sicherung des Beweises, zur Vervollkommnung der Fassung oder zu ähnlichen Zwecken wird daneben noch urkundliche Abfassung vereinbart. Demgemäss bestehen hier zwei Verträge neben einander: ein erster, der auf die Regelung des materiellen Verhältnisses gerichtet ist, und ein zweiter, der die Einkleidung dieses Vertrags in ein urkundliches Gewand zum Gegenstande hat. Von den Klagen, die aus den beiden Verträgen entspringen, geht entsprechend die eine unmittelbar auf Erfüllung, die andere auf Vollziehung der gewillkürten Schriftform [4]).

Welche dieser drei Möglichkeiten im einzelnen Falle vorliege, bestimmt sich lediglich nach dem aus der Gesamtheit aller

---

3) Vgl. Windscheid, Pand. 7. Aufl. II. pag. 177. 178 (§ 312), Dernburg, Pand. 2. Aufl. § 10, Bekker, Pand. II. pag. 82 ff., Regelsberger in Endem. Handb. des H. R. II. pag. 464.

4) Seuffert, Arch. 10, 242; 11, 33.



Umstände erkennbaren Willen der Kontrahenten. Gesetzliche Präsumptionen bestehen nicht[5]).

Scharf zu scheiden von der Frage nach dem Wesen des voraufliegenden Übereinkommens ist die nach der rechtlichen Natur der sich anschliessenden Beurkundung. Ohne Schwierigkeit beantwortet sich diese Frage für die beiden unter 1 und 2 aufgeführten Fälle.

---

5) Insbesondere ist die l. 17 C. de fide instr. IV, 21 — mindestens für das heutige Recht — nicht als Präsumption zu betrachten. Ob dies auch für das Justinianische Recht anzunehmen sei, ist bekanntlich bestritten.

Nach der einen Ansicht (Setzer, Abhandl. aus dem Civ. R. I) soll die l. 17 cit. lediglich Formvorschriften bezüglich der Abfassung von Urkunden enthalten; nach der anderen (Keller, Pand. 436. 437) soll sie die Bestimmung treffen, dass bei allen, also auch perfekten Verträgen, die Schriftverabredung als Vertragsbedingung aufzufassen, mithin vor der Formvollziehung überhaupt keine Gebundenheit, vielmehr blosser Traktat anzunehmen sei. Daneben bestehen Mittelmeinungen. Vgl. statt aller Windscheid a. a. O. § 312[19].

Dem sei nun für das Justinianische Recht, wie ihm wolle; für das heutige Recht hat jedenfalls eine konstante Praxis den Satz gebildet, dass die Parteiintention über die der Schriftverabredung beizumessende Bedeutung frei zu würdigen sei unter Ausschluss jeder gesetzlichen Präsumption, so dass die etwa auf Schaffung einer solchen gerichtete Absicht Justinians als durch desuetudo beseitigt anzusehen wäre. So die Usualinterpretation der l. 17 cit. Vgl. auch R. G. Bd. 4. No. 58 (pag. 199 ff.), wo freilich die l. 17 cit. — wohl in Verwechslung mit pr. J. III, 23 — in C. III, 23 verwiesen wird.

Partikularrechtlich sind dagegen solche Präsumptionen aufgestellt. So Preuss. Landrecht I. 5. § 117: »In allen Fällen, wo die Parteien den Vertrag schriftlich zu schliessen verabredet haben, wird vermutet, dass nicht bloss der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft von der schriftlichen Abfassung abhängen solle.« — Die Vermutung streitet hier also bei Verabredung schriftlicher Abfassung gegen die verbindliche Kraft des mündlichen Abkommens. Gerade die entgegengesetzte Vermutung statuiert das Sächs. G. B. § 823: »Ist bei Eingehung eines Vertrags eine besondere Form verabredet, so ist anzunehmen, dass die Form bloss die Erlangung eines Beweismittels bezwecke, ausgenommen u. s. w.« Vgl. auch bürgerl. Entw. §§ 93. 94.

Im Falle zu 1, wo überhaupt noch kein Verpflichtungswille vorhanden, ist in dem Vollziehungsakte überall der erstmalige Vertragsschluss zu erblicken. Die noch unverbindliche Vertragsverhandlung wird durch ihn in einen verbindlichen Vertrag verwandelt, die Vollziehungsurkunde hat Dispositiveffekt.

Im Falle zu 2, wo bereits ein bindender Vorvertrag über urkundliche Abfassung vorliegt, ist der Vollziehungsakt im Verhältnis zu diesem ein zweiter Vertrag, durch den die in jenem enthaltene Abrede zur Erfüllung gelangt. Sieht man aber auf das zu schaffende materielle Verhältnis, so ist auch hier der Vollziehungsakt erstmaliger Vertragsschluss, da ja gerade dies durch den Vorvertrag auf formelle Einkleidung bezweckt war. Stets ist also auch hier der Vollziehungsakt eine Dispositivurkunde.

II. Die rechtliche Natur der reproducierenden Vertragsvollziehung vom Standpunkte der heutigen Wissenschaft.

§ 1.

Die herrschende Theorie und die Degenkolb'sche Ansicht.

Höchst zweifelhaft und bestritten ist die rechtliche Natur des Vollziehungsaktes in dem dritten in der Einleitung aufgeführten Falle, wo die vollziehende Urkunde — ebenfalls in Erfüllung einer darauf gerichteten Abrede — zu einem bereits perfekten Vertrage hinzutritt [6]).

Es besteht nämlich die Streitfrage, ob solche Vertragserneuerung oder, wie man sie auch nennt, Vertragsreproduktion ein blosses Zeugnis über den voraufliegenden Vertrag bilde, oder ob in ihr ein zweiter selbständiger Vertrag ins Leben trete, mit anderen Worten, ob »die einen schon geschlossenen Vertrag

---

6) Man denke sich: A und B haben mündlich einen Kauf geschlossen. Tags darauf sendet der Verkäufer, wie dies namentlich im Grossverkehr üblich ist, dem anderen Teile einen Brief, in dem er mit den Worten etwa: »ich hatte die Ehre, Ihnen gestern zu verkaufen u. s. w.« den Inhalt des Vertrags wiedergiebt. Diese Offerte zur Vertragserneuerung findet die Genehmigung des Käufers, was unter Umständen (nämlich dann, wenn bei Nichteinverständnis mit dieser Vertragserneuerung nach redlicher Verkehrssitte vom Käufer eine Antwort erwartet werden darf) auch durch blosses Stillschweigen geschehen kann. Oder die Kontrahenten errichten über den voraufliegenden Kaufvertrag gemeinsam eine Urkunde des Inhalts: »Wir, die Unterzeichneten, A und B, erklären, folgenden Kauf geschlossen zu haben. Es hat verkauft u. s. w.« Vgl. hierzu Bähr in Ihering's Jahrb. 14. pag. 39. 40, und Regelsberger a. a. O. pag. 466.

bewusst [7]) in sich aufnehmende, in Vertragsform [8]) erfolgende Beurkundung oder Verlautbarung« [9]) als blosse Beweisurkunde aufzufassen sei oder als eine Dispositivurkunde, die zu dem mündlichen Erstvertrage als ein zweiter schriftlicher Vertragsschluss hinzutritt.

Die herrschende Lehre in dieser Streitfrage ist die Theorie von der blossen Beweisfunktion der Vertragsvollziehung. Wächter, Thöl, Unger, Windscheid und andere namhafte Juristen gehören zu ihren Vertretern [10]). Danach soll die zu einem mündlich abgeschlossenen Vertrage hinzutretende schriftliche Vollziehung im Zweifel, d. h. wenn die Parteien nicht ausdrücklich ein anderes vereinbaren, als blosses Beweismittel für den voraufgegangenen mündlichen Vertragsschluss anzusehen sein.

Gegenüber dieser noch bis vor kurzem unbestritten herrschenden Lehre hat neuerdings sich ein Umschwung zu der entgegengetzten Auffassung der Vertragsvollziehung, nämlich als einer Dispositivurkunde angebahnt. Führer der Opposition ist Degenkolb, der in seiner Schrift »Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion, Archiv für civilistische Praxis, Band 71, No. 5, nachzuweisen sucht, dass die schriftliche Vollziehung eines zunächst mündlich geschlossenen Vertrags den Abschluss eines zweiten, dem Erstvertrage nach Natur und Inhalt gleichen Vertrags bedeute, der neben den Erstvertrag trete, sofern nicht die Absicht der Parteien auf dessen Aufhebung gerichtet sei. Andere Schriftsteller haben sich dieser Lehre angeschlossen, insbesondere

---

7) Nicht hierher gehörig also: das bloss zufällige Zusammentreffen mit einem früheren Vertragsschluss. Degenkolb im Arch. für. civ. Pr. Bd. 71. No. 5. pag. 162.

8) Wann Vertragsform, wann Berichtsform anzunehmen sei, kann bisweilen streitig werden, und ist alsdann die Gesamtheit der Umstände ins Auge zu fassen. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 14. pag. 87 ff., Regelsberger a. a. O. pag. 466, Degenkolb a. a. O. pag. 161 [1].

9) So die Degenkolb'sche Begriffsbestimmung auf pag. 162.

10) Wächter, Würtemb. Pr. R. II. pag. 772, Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. pag. 763, Unger, Oesterr. Priv. Recht II. § 86 [17], pag. 117, Windscheid, Pand. II. § 312, pag. 177.

hat auch Dernburg[10a]) sich dieselbe in der zweiten Auflage seines Pandektenwerks zu eigen gemacht. Gleichwohl bildet die Degenkolb'sche Schrift in Ansehung sowohl der Gründlichkeit wie der begrifflichen Schärfe auch heute noch weitaus die bedeutendste Darstellung, die der Lehre von der Vertragsnatur der Vollziehungsurkunde zu teil geworden ist. Wir werden sie darum auch bei Würdigung der von ihr vertretenen Lehre ausschliesslich in Berücksichtigung ziehen.

§ 2.

Kritische Würdigung der beiden Theorieen.

1. Die Degenkolb'sche Ansicht.

Degenkolb geht aus von der Thatsache, dass zahlreiche Entscheidungen namentlich der gemeinrechtlichen Praxis, wie sie auf pag. 168 ff. seiner Abhandlung zusammengestellt sind, die Vollziehungsurkunde trotz nachgewiesener Abweichung vom Erstvertrage aufrecht erhalten. Darin findet er einen Widerspruch mit ihrer Eigenschaft als einer blossen Beweisurkunde und die Anerkennung ihrer Vertragsnatur. Und zwar hält er diesen Widerspruch und den daraus abgeleiteten Schluss auf die Vertragsnatur der Vollziehungsurkunde nicht bloss für den jenen Entscheidungen zu Grunde liegenden Fall einer Abweichung der Vollziehungsurkunde vom Erstvertrage, sondern schlechthin für jeden Fall, auch für den einer völligen Uebereinstimmung zwischen dem ursprünglichen Vertrage und dem Inhalte der Vollziehungsurkunde für begründet.

Denn »wie sollte sich«, fragt er, »die rechtliche Natur des Vollziehungsaktes verschieden gestalten je nach seiner grösseren oder geringeren Übereinstimmung mit dem Erstvertrage? Zeigt er doch in beiden Fällen ganz dieselbe Struktur: die Vertragsform«[11]).

10a) Dernburg, Pand. II. § 10⁴.

11) Degenkolb a. a. O. pag. 171 ff.

So gelangt er zu der Ansicht, dass die Vollziehungsurkunde ohne Rücksicht auf das jeweilige Verhältnis ihres Inhalts zum Erstvertrage stets und in allen Fällen als ein zweiter, dem Erstvertrage nach Natur und Inhalt gleicher Vertrag neben diesem ins Leben tritt, sofern nicht die Absicht der Parteien auf dessen Aufhebung gerichtet war. Daraus ergiebt sich ihm dann die weitere Folge, dass die Vollziehungsurkunde, wenn sie nicht als Dispositivakt zu Stande kommt, auch nicht als Beweismittel dienen kann. »Die Vollziehungsurkunde wirkt«, sagt er, »entweder als Dispositivurkunde oder gar nicht; als blosse Beweisurkunde gedacht, wäre sie völlig verfehlt und rechtlich wertlos« [12]).

Vom Standpunkte der Degenkolb'schen Theorie ist dies ein durchaus logischer Schluss. Denn da nach derselben die Vollziehungsurkunde principaliter immer nur Vertrag ist und bloss darum, weil dieser Vertrag in Urkundenform auftritt, nebenher auch Beweis zu erbringen vermag, Beweis aber nicht des vorausliegenden mündlichen Vertrags, sondern nur ihrer selbst, d. i. des durch die Urkunde konstituierten Zweitvertrags und nur, sofern und soweit dieser den mündlichen Vertrag in sich aufgenommen, mittelbar auch dieses Erstvertrags, so folgt daraus, dass bei ausbleibender Dispositivwirkung der Vollziehungsakt völlig unwirksam und jeder, auch der beweisenden Funktion unfähig ist. Wenn daher Degenkolb — wie gleich hier hervorgehoben werden mag — im weiteren Verlaufe seiner Abhandlung zu dem Satze gelangt, dass bei inhaltlicher Identität zwischen dem mündlichen Vertrage und der Vollziehungsurkunde, sofern damit in casu deren materielle Wertlosigkeit verbunden ist, Ungiltigkeit der Vollziehungsurkunde eintritt, so muss dies überall da, wo die Parteien, ohne in ihren bereits bestehenden Rechtsbeziehungen ein novum einzuführen, die Vertragsvollziehung lediglich zum Zwecke des Beweises vornehmen, ein Scheitern dieser Absicht zur Folge haben. Denn da das von den Parteien

12) Degenkolb a. a. O. pag. 172.

aufgesetzte Vertragsinstrument den Zuschnitt einer Vollziehungsurkunde trägt, diese aber wegen mangelnder utilitas als Vertrag nicht zu stande kommen kann, so würde damit vom Standpunkt der Degenkolb'schen Auffassung jegliche Wirkung der Vertragsvollziehung und damit insbesondere auch der eigentliche Zweck ihrer Vornahme, die Schaffung eines Beweismittels für den vorgängigen mündlichen Vertrag, vereitelt werden.

»Denn was sie beweisen könnte: den Versuch eines in ihr selbst liegenden Vertragsschlusses, das wäre rechtlich null; und was sie beweisen soll: den Abschluss eines früheren Vertrags, das könnte sie nicht beweisen«.

Also zieht Degenkolb selber mit unerbittlicher Logik die sich aus seiner Lehre ergebenden Konsequenzen [13]). Allein vermag denn dieses Resultat, so bestechend es im ersten Augenblick erscheinen mag, auch der Praxis gegenüber Stand zu halten? Hat etwa je ein Gerichtshof eine Vollziehungsurkunde bloss darum, weil sie selbständigen Vertragsgehaltes entbehrte, auch zum Beweise für den voraufliegenden mündlichen Vertrag für untauglich erklärt? Es versteht sich, dass unsere Praxis sich zu solcher Ungereimtheit, wodurch die Absicht, die die Parteien doch in allen normalen Fällen bei der Vertragsvollziehung im Auge haben, vereitelt würde, nicht verirren konnte.

Wenn aber so erhellt, dass die Degenkolb'sche Lehre, trotzdem sie von der Praxis ihren Ausgang genommen, in ihren Konsequenzen mit eben dieser Praxis nicht im Einklang steht, so ist damit der Glaube an die Richtigkeit ihrer Abstrahierung schon stark erschüttert.

Es fragt sich freilich noch, an welchem Punkte der Degenkolb'schen Argumentation ihre Unrichtigkeit zu suchen sei. Um dies zu prüfen, müssen wir jene Entscheidungen, in denen Degenkolb die praktische Widerlegung der herrschenden Lehre von der Beweisfunktion und die Rechtfertigung seiner eigenen von der Dispositivfunktion der Vertragsvollziehung zu finden glaubt, einmal näher ins Auge fassen.

13) Vgl. hierzu Degenkolb a. a. O. pag. 172 ff.

Ohne Zweifel ergeben diese Entscheidungen die einheitliche Praxis, dass eine etwaige Abweichung zwischen der ursprünglichen Abrede und dem Inhalt der Vollziehungsurkunde, möge dieselbe nun in einer Hinzufügung oder in einer Weglassung bestehen, zufolge der in der Vollziehung liegenden Genehmigung des Urkundeninhalts im Zweifel, d. h. bis zum Beweise des Gegenteils als von den Parteien beabsichtigt gilt. Zur Entkräftung der Schrift genügt daher nicht der einfache Nachweis der Abweichung vom Erstvertrage; vielmehr muss dargethan werden, dass diese Abweichung auf Betrug, Irrtum oder andere Willensmängel zurückzuführen, und darum in diesem Punkte der Erstvertrag nicht aufgehoben sei [14. 15]).

Mit der einseitigen Betonung der blossen Beweisfunktion der Vertragsvollziehung steht dieses Resultat allerdings in Widerspruch. Denn indem die Abweichungen der Vollziehungsurkunde von dem Erstvertrage neben diesem selbständig in Geltung erhalten werden, ist damit insoweit sicherlich die Dispositivkraft der Vertragsvollziehung anerkannt. Degenkolb will aber, wie wir sehen, noch weiter gehen und die Dispositivkraft der Vertragsvollziehung von den abweichenden Punkten auch auf den bloss fixierenden Teil der Vollziehungsurkunde, ja auch auf den Fall der reinen, mit dem Erstvertrage voll übereinstimmenden Vollziehungsurkunde ausdehnen.

---

14) Vgl. Regelsberger a. a. O. pag. 467, Dernburg, Pand. II. § 10[4].

15) Wie weit freilich der Berufung auf derartige Willensmängel Gehör zu schenken sei, darüber haben sich bei der grossen Verschiedenheit der Fälle keine festen Normen herausgebildet; auch »würde jede hier etwa erstrebte Durchschnittsregel einer noch individualisierenderen Erwägung des einzelnen Falles weichen müssen«. Vgl. Degenkolb a. a. O. pag. 185. — Insbesondere sagt Bähr in seinen Urteilen des Reichsgerichts, pag. 106, »wird es darauf ankommen, in welchem Masse es menschlich wahrscheinlich ist, dass innerhalb des Vertrages die Kontrahenten die Beredung im Sinne behalten und haben aufrecht erhalten wollen. Gerade in solchen Fragen wird der praktische Takt des Richters sich zu bewähren haben.« Vgl. auch Entsch. des R. O. H. G., citiert bei Regelsberger a. a. O. pag. 467 [30].

In dieser Verallgemeinerung liegt m. E. der Fehler der Degenkolb'schen Argumentation. Degenkolb räumt selber ein, dass die letztgedachte Ausdehnung auf den Fall der inhaltlich identischen Vollziehungsurkunde durch jene Entscheidungen in keiner Weise gestützt werde [16]; aber wegen der Gleichheit der Urkundenform hält er sie, wie wir sahen, trotzdem für geboten. Denn wie im Falle einer zwischen Vollziehungsurkunde und Erstvertrag stattfindenden Abweichung, so, meint er, weise auch hier die Vertragsform auf den Willen der Parteien, das geschlossene Geschäft nochmals zu schliessen.

Allein ist denn nur der von Degenkolb für den Fall der Abweichung so ohne weiteres angenommene Wille einer vollständigen Vertragserneuerung auch thatsächlich bei den Parteien vorhanden? Man bedenke doch, dass es nur unwesentliche Abweichungen sind, die hier in Frage stehen. Denn bei Abänderung eines wesentlichen Geschäftsbestandteils ist auch Degenkolb der Meinung, dass der alte Vertrag aufgehoben und durch einen neuen mit verändertem essentiale ersetzt werde. Das folgt aus Note 66 seiner Abhandlung.

Soll aber die Abänderung von blossen Nebenpunkten wirklich den Abschluss eines vollständig neuen, zu dem Erstvertrage hinzutretenden Zweitvertrags zur Folge haben? Das Parteiinteresse erfordert dies sicherlich nicht. Denn es ist lediglich in Ansehung der betreffenden Abweichung auf selbständige Vertragsnatur der Vollziehungsurkunde, im übrigen aber nur auf Erlangung eines Beweismittels für den voraufliegenden mündlichen Vertrag gerichtet. Aber auch juristisch bedeutet es keineswegs einen Widerspruch, wenn man im Einklang mit diesem faktischen Parteiinteresse lediglich dasjenige, was sich in der Vollziehungsurkunde gegenüber dem mündlichen Vertrage als neu erweist, mit eigener Dispositivkraft ausrüstet, im übrigen aber die Vertragsvollziehung lediglich als eine zu Beweiszwecken dienende Fixierung des mündlichen Vertrags auffasst. Tritt doch

---

16) Vgl. Degenkolb a. a. O. pag. 172.

auch bei der abändernden mündlichen Wiederholung eines bereits abgeschlossenen Vertrags nicht ein vollständig neuer, dem Erstvertrage gleicher Vertrag neben jenem ins Leben, sondern lediglich eine die abweichenden Punkte enthaltende Nebenberedung. Wie sollte dies anders sein, wenn die Vertragserneuerung in Schrift erfolgt? Der einzige Unterschied ist, dass bei mündlicher Vertragserneuerung der bloss wiederholende Teil wertlos, bei schriftlicher aber zum Beweise für den entsprechenden Teil des voraufliegenden mündlichen Vertrags geeignet ist.

Indem bei dieser Auffassung die Vertragsvollziehung — von dem Falle einer wesentlichen Änderung abgesehen — principaliter immer nur Beweisurkunde ist und nur, sofern sie zugleich Abweichungen gegenüber dem mündlichen Vertrage in sich aufnimmt, in Ansehung dieser Abweichungen, aber auch nur dieser, zur Dispositivurkunde verstärkt wird, erledigt sich damit auch ohne weiteres die Frage nach der rechtlichen Natur der mit dem mündlichen Vertrage inhaltlich voll übereinstimmenden Vertragsvollziehung. Sie bildet — von dem besonderen, weiter unten zu besprechenden Falle abgesehen, wo die Vertragsvollziehung zum Zwecke der Heilung von Mängeln des Erstvertrags geschieht — ein blosses Beweismittel für den voraufliegenden mündlichen Vertrag.

Damit vermeiden wir jenen Degenkolb'schen Folgesatz von der Verwerfung der Beweisfunktion der Vertragsvollziehung bei ausbleibender Dispositivkraft, dessen Unvereinbarkeit mit der Praxis ja gerade der Erkenntnis von der Unrichtigkeit der Degenkolb'schen Lehre zum Durchbruch verhalf. Aber auch sonst scheinen mir die aus der hier vertretenden Auffassung fliessenden Konsequenzen mit der praktischen Vernunft der Dinge besser im Einklang zu stehen als die Degenkolbschen Folgesätze.

Endlich hat die diesseitige Auffassung den Vorzug der Quellenmässigkeit für sich, während Degenkolb die Vereinigung seiner Lehre mit den die Dispositivkraft der Vertragswiederholung in dem von ihm gemeinten Sinne ablehnenden Quellenstellen nur durch eine sehr gezwungene Auslegung her-

beizuführen vermag, bei der er obendrein ohne Grund den Glauben an die Echtheit jener Stellen zu erschüttern sucht. Von allem diesem wird unten ausführlicher die Rede sein. Hier kommt es nur darauf an, in der Streitfrage über die rechtliche Natur der Vertragsvollziehung im allgemeinen Stellung zu nehmen und damit die principielle Basis für die demnächstige Erörterung der einzelnen Fälle der Vertragsvollziehung festzulegen.

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Ausführungen noch einmal zusammen, so vermag weder die herrschende Lehre noch die Degenkolb'sche Auffassung vollkommen zu befriedigen. Beide tragen den Fehler zu grosser Einseitigkeit. Immerhin bildet die herrschende Lehre für eine Neugestaltung der Theorie von der Vertragsvollziehung die brauchbarere Grundlage; nur muss der der Degenkolb'schen Auffassung innewohnende richtige Gedanke, wie er thatsächlich auf dem Boden der herrschenden Lehre erwachsen ist, so auch innerlich mit derselben verbunden, d. h. in ihre juristische Formulierung mit aufgenommen werden.

Dieser richtige Gedanke, der der Degenkolb'schen Auffassung zu Grunde liegt, ist die selbständige Vertragsnatur einer in die Vollziehungsurkunde aufgenommenen Abweichung vom Erstvertrage. Ihn zum ersten Male aus seiner Gebundenheit in die Entscheidungsgründe gemeinrechtlicher Erkenntnisse befreit und zu klarer wissenschaftlicher Formulierung erhoben zu haben, ist die bleibende Frucht der Degenkolb'schen Forschung.

Aber es ist eine vollkommen unzulässige Überspannung, wenn dieser Gedanke von Degenkolb zu der Theorie von der generellen Vertragsnatur der Vollziehungsurkunde in der oben dargethanen Weise erweitert wird. Richtig verstanden, führt dieser Gedanke nicht zu einer Verwerfung der herrschenden Lehre, sondern nur zu einer Modification derselben.

2) So gelangt denn die herrschende Lehre — wenn auch in berichtigter Gestalt — schliesslich wieder zu ihrem Rechte. Die Vertragsvollziehung ist nicht schlechthin Beweismittel für den mündlichen Vertrag, aber sie ist es doch principaliter, und nur, sofern sie zugleich Abweichungen gegenüber dem münd-

lichen Vertrage aufnimmt, erhöht sich damit ihre Bedeutung zu der einer Dispositivurkunde.

Es erübrigt jetzt nur noch, an der Hand der Quellen diese Lehre mit Rücksicht auf die einzelnen Arten der Abweichungen weiter auszubauen. Dabei sollen die in Betracht kommenden Quellenstellen zunächst in einer kurzen Übersicht zusammengefasst und sodann die rechtlichen Konsequenzen abgeleitet werden, die sich aus ihnen für unsere Frage gewinnen lassen.

III. Die einzelnen Fälle der Vertragsvollziehung.

A.

Übersicht über die einschlägigen Quellenstellen.

§ 3.

1) Die Quellen erklären die auf dasselbe oder weniger gerichtete Zweitstipulation für nichtig.

arg. l. 18. D. de verb. obl. 45,1. Pomponius libro decimo ad Sabinum. Qui bis idem promittit, *ipso jure amplius quam semel non tenetur.*

Ferner l. 58. eod. . . . . . qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione *nihil agit, sicut, qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.* . . . . . .

Endlich l. 9 § 2 D. de novat. 46,2. Qui actum stipulatur, deinde iter, *nihil agit:* item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, *nihil agit.* . . . . .

Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Zweitstipulation dem Gläubiger einen besonderen Vorteil darbietet, z. B. durch Wegfall einer der Erststipulation entgegenstehenden exceptio.

arg. l. 25 D. de verb. obl. 45,1. Pomponius libro vicesimo ad Sabinum. Si dari stipuler id quod mihi jam ex stipulatu debeatur, cujus stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.

2) Die Quellen erklären den Abschluss eines zweiten bedingten Kaufes nach dem ersten unbedingten für nichtig.

arg. l. 7. pr. D. de resc. vend. 18,5. Paulus libro quinto quaestionum. Si id quod pure emi sub condicione rursus emam, *nihil agitur* posteriore emptione.

3) Die Quellen erklären den Abschluss eines zweiten Kaufes mit Minderung oder Mehrung des Kaufpreises für eine *renovatio contractus*, d. h. für den Abschluss eines neuen Kaufes unter Aufhebung des alten.

arg. l. 2. D. de resc. vend. 18,5 Pomponius libro vicesimo quarto ad Sabinum. Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, *discessimus a priore emptione* (potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio) atpue ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit . . . . . .

Ferner l. 72, pr. D. de contr. empt. 18,1. Papinianus libro decimo quaestionum Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adjiciunt credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut ium fidejussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, *resessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.*

B.
Die aus den Quellenstellen für die Vertragsvollziehung abzuleitenden Konsequenzen.

§ 4.
Die Unanwendbarkeit der Stelle unter 2 auf den Fall der Vertragsvollziehung.

Die Auslegung der l. 7 pr. D. de resc. vend. 18,5 ist höchst bestritten.

Cujacius[17]) und neuerdings auch Bechmann[18]) wollen die Worte »rursus emam« in der l. 7. pr. cit. auf einen in Um-

17) Cujacii omnia opera, I om. V, col. 976.
18) Bechmann, Kauf II. pag. 485.

wandlungsabsicht geschlossenen Zweitkauf beziehen und führen so die Entscheidung des Paulus zurück auf eine Anwendung des von ihnen aufgestellten allgemeineren Satzes, dass ein vollwirksamer Konsensualvertrag nicht aufgehoben werden könne durch einen unvollkommneren. Damit treten für jene Schriftsteller Fall und Entscheidung des principium auf eine Linie mit dem Falle des § 1 eod. und der hier getroffenen Entscheidung, dass ein vom Mündel ohne tutoris auctoritas abgeschlossener Zweitkauf für ungiltig zu erachten sei, wenn der mit tutoris auctoritas geschlossene Erstkauf giltig zu Stande gekommen. Allein mit Recht wendet Degenkolb hiergegen ein, dass die Lage der beiden Fälle durchaus verschieden sei [19]).

Im Falle des § 1 wollen die Parteien ein vollwirksames Geschäft. Diese Absicht kann indessen nicht die rechtliche Sanktion erhalten, weil sonst das höchst unbillige Resultat herauskäme, dass zufolge der Abschliessung des Zweitkaufes seitens des Mündels ohne tutoris auctoritas an die Stelle des beiderseitig verpflichtenden Erstkaufes plötzlich zwei »hinkende« Verträge treten würden, der alte nur einseitig aufgehobene und der neue nur einseitig begründete.

Dies Ergebnis musste aber, wie es der Absicht der Parteien widerspricht, so auch dem Rechtsgefühl des Juristen unleidlich dünken, und so traf er die Entscheidung, dass unter Aufrechterhaltung des alten Vertrags dem später ohne tutoris auctoritas geschlossenen Vertrage jedwede rechtliche Wirkung versagt bleibe.

Im Fall des principium wollen nach Cujacius' und Bechmanns Ansicht die Parteien das unbedingte Erstgeschäft in bedingter Form erneuern; aber wegen der »Unvollkommenheit« des Zweitgeschäftes infolge Einfügung einer Bedingung soll diese Absicht nicht realisierbar sein. Allein wo bleibt hier das im Falle der l. 7. § 1 für die Ungiltigkeit des »unvollkommneren« Zweitgeschäftes entscheidende Billigkeitsmotiv? Würde es nicht

19) Degenkolb pag. 208.

gerade im Gegenteil eine grosse Härte bedeuten, wenn es den Parteien bloss darum, weil von ihnen zunächst unbedingt kontrahiert worden, nicht verstattet sein sollte, die so begründeten Rechte und Pflichten späterhin noch von Bedingungen abhängig zu machen?

Man nehme folgenden Fall: Ein Avantageur kauft von einem Pferdehändler in der sicheren Hoffnung, demnächst sein Officiersexamen zu bestehen, ein Reitpferd. Später wird diese Hoffnung unsicher. Der Avantageur wünscht daher den Kaufvertrag aufzuheben und durch einen anderen mit der Bedingung »falls er sein Officiersexamen bestehe« zu ersetzen, worüber er denn auch mit dem Pferdehändler zur Einigung gelangt.

Soll solcher bedingten Kaufneuerung, die doch im Dienste wohlbegründeter Parteiinteressen steht, die rechtliche Anerkennung versagt bleiben? Nimmermehr kann dies die Meinung der Paulinischen Entscheidung sein. Denn hätte wirklich dem Juristen das übereinstimmende Begehren zweier Parteien, ein unbedingtes Erstgeschäft durch ein bedingtes zu ersetzen, vorgelegen, so würde seine Entscheidung auch trotz der grösseren »Unvollkommenheit« des Zweitgeschäftes infolge Einfügung einer Bedingung auf Aufhebung des Erstgeschäftes durch contrarius consensus gelautet haben. Dies lässt sich, trotz des Fehlens einer hierauf zielenden Spezialentscheidung, aus der sonstigen Zulassung bedingter Geschäftserneuerungen herleiten.

Bei der Erbeseinsetzung ist allerdings eine bedingte Wiederholung unzulässig[20], und gerade diese Analogie wird von Cujacius als Stütze seiner Ansicht verwertet. Allein die Ungiltigkeit der zweiten bedingten Institution beruht auf dem ganz positiven, daher auch bei Soldatentestamenten nicht anwendbaren Satze: hereditas in eodem testamento adimi non potest[21].

---

20) Arg. l. 27, § 1. D. 28,5: si te heredem instituero, et deinde eundem te rursus sub condicione instituam, nihil valere aequalem institutionem, quia satis plena prior fuisset.

Vgl. auch l. 68 D. de hered. inst. 28,5. u. l. 17. D. de cond. inst. 28,7.

21) l. 13. § 1 D. de lib. et post. 28,2 u. l. 17 § 2 D. de test. milit. 29,1.

Dass dieser Satz, der nicht einmal auf Legate übertragbar ist[22]), auf Konsensualkontrakte nicht analog ausgedehnt werden kann, bedarf keiner weiteren Begründung[23, 24]).

Nach alledem muss die Bechmann'sche Auslegung als irrig erscheinen; wie sie in ihrem Resultate unbillig ist, so steht sie auch in Widerspruch mit den dem römischen Recht innewohnenden Gedanken.

2) Statt dessen macht Degenkolb den Vorschlag, die Worte »rursus emam« auf einen bloss accedierenden Vertragsschluss zu beziehen. Nicht um den Erstkauf aufzuheben und einen bedingten an seine Stelle zu setzen, meint er, hätten die Parteien die Erneuerung des Vertrags vorgenommen, sondern um beide Verträge neben einander gelten zu lassen, den unbedingten Erstkauf zugleich mit und neben dem bedingten Zweitkauf.

»Dann gelangen wir«, führt Degenkolb aus, »sofort zu innerer Übereinstimmung der Entscheidung mit der für die Stipulation geltenden« — im nächsten § zu besprechenden — »Regel: qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur; damit aber auch zur Beschränkung der Ungiltigkeit auf den Fall der inutilitas des Zweitvertrags«.

»Der einfache Hinzutritt einer accedierenden bedingten Zweitstipulation zu der zwischen denselben Parteien unbedingt geschlossenen Erststipulation wäre rechtlich in demselben Masse bedeutungslos, wie der Hinzutritt einer unbedingten Zweitstipulation. Für den Fall der Bedingungsdeficierung wäre nichts versprochen und für den Fall der Erfüllung wäre dasselbe noch ein Mal versprochen, was schon versprochen war. Ganz ent-

---

22) l. 9 D. de adim. vel transf. leg. 34,4, l. 89 D. de condic. 35,1.

23) Vgl. Degenkolb pag. 209 ff.

24) Übrigens ist die Regel »hereditas in eodem testamento adimi non potest« durch die l. 23 pr. und § 1 Cod. de leg. 6,37 als aufgehoben anzusehen. Denn da die wichtigste Konsequenz jener Regel, die Unmöglichkeit beliebiger Änderung der Portionen einer früheren Institution durch die angeführte lex. beseitigt ist, so dürfte damit auch jene Regel selber zur Aufhebung gelangt sein.



sprechend der einfache Hinzutritt eines bedingten Kaufs zu dem entsprechenden, aber unbedingt geschlossenen Erstkauf«.

So unwiderleglich diese Auslegung der l. 7. pr. vom abstrakt logischen Standpunkt erscheinen mag, so unglaublich klingt sie, wenn man ihr das praktische Leben entgegenhält. Denn wie sollten die Parteien überhaupt dazu gelangen, wissentlich einen Vertrag, den sie nicht aufheben, sondern als unbedingten bestehen lassen wollen, bedingt zu erneuern? Ich sehe keinen Grund, der solche Anreihung eines bedingten Zweitgeschäftes an ein fortbestehendes unbedingtes Erstgeschäft von identischem Inhalt veranlassen könnte. Aber selbst wenn jemals zu solcher Gestaltung Veranlassung sein sollte, so glaube ich doch nimmermehr, dass gerade dieser seltsame und gekünstelte Thatbestand der Paulinischen Entscheidung zu Grunde liege.

3) Vielmehr gelange ich zu der Ansicht, dass die l. 7. pr. auf den Fall einer irrtümlichen Vertragswiederholung zu beziehen sei. Die Parteien, nehme ich an, sind sich bei Abschliessung des bedingten Zweitkaufes gar nicht mehr bewusst gewesen, dass dasselbe Geschäft welches sie jetzt bedingt schliessen, früher bereits einmal in unbedingter Form kontrahiert worden. Alsdann giebt die Entscheidung des Paulus einen guten Sinn. Die Ungiltigkeit des bedingten Zweitkaufes würde aus der Absicht der Parteien selber zu erklären sein, indem diese, wenn sie von dem Bestehen des früheren Vertragsschlusses gewusst hätten, die Vertragserneuerung überhaupt nicht vorgenommen hätten. Es versteht sich, dass dabei auf das Moment der Bedingungseinfügung in den Zweitvertrag überhaupt kein Gewicht zu legen ist, und dass eine unbedingte Vertragserneuerung, wenn sie nur unbewusst vorgenommen, nicht minder ungiltig ist.

Im Leben werden solche unbewussten Wiederholungen eines früheren Vertragsschlusses nichts seltenes sein, zumal wenn man an die Fälle denkt, wo der frühere Vertragsschluss nicht von den Parteien selber, sondern von ihren Erblassern oder von Vertretern in ihren Namen vollzogen ist. Man denke

sich: Die zu derartigen Geschäften bevollmächtigten Administratoren zweier aneinander grenzender Rittergüter haben einen Landaustausch, wie er von den Gutsbesitzern zum Zwecke besserer Arrondierung der beiderseitigen Güter schon seit längerem geplant war, in deren Namen giltig vereinbart. Bald darauf treffen sich die Gutsbesitzer in einem Restaurant der nahen Grossstadt und schliessen, weil sie von dem seitens ihrer Verwalter abgeschlossenen Tauschvertrage keine Ahnung haben, dasselbe Geschäft ihrerseits noch einmal. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass der zweite Vertrag ungiltig ist, da die Gutsbesitzer ohne Frage denselben nicht abgeschlossen hätten, wenn ihnen der frühere Vertragsabschluss ihrer Vertreter bekannt gewesen wäre. Dies folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Bedeutung des Willensmomentes beim Abschluss von Rechtsgeschäften; die l. 7. pr. dient aber — bei unserer Auslegung — noch zu einer weiteren Bestätigung dieser Ansicht.

Natürlich können solche unbewussten Geschäftswiederholungen auch durch andere Irrungen als durch völlige Nichtkenntnis des früheren Geschäfts, insbesondere auch durch Verkennung der Identität des gegenwärtigen mit dem früheren Geschäftsobjekte herbeigeführt werden. Auch finden sich unbewusste Wiederholungen keineswegs bloss im Vertragsverkehr, sondern nicht minder auch bei einseitigen Rechtsgeschäften und namentlich bei letztwilligen Verfügungen. Immer aber ist es ein Irrtum besonderer Art, der hier die Vorstellungen der Parteien bei Abschluss des Zweitgeschäftes beeinflust. Er lässt sich wieder dem Begriff des error in negotio nach dem des error in corpore unterordnen; sein Wesen besteht vielmehr in der Verkennung der Beziehungen eines gegenwärtigen zu einem früheren Vertragsschlusse. Demzufolge können hier auch nicht die gewöhnlichen Irrtumsregeln Anwendung finden; die Ungiltigkeit des Zweitgeschäfts ist vielmehr wie im Falle der unmöglichen Obligation aus der Absicht der Parteien selber zu konstruieren.

Zwar glaubt Windscheid[24a]) den Grund für die Ungiltigkeit unmöglicher Obligationen darin finden zu sollen, dass die Gebundenheit des Willens auf etwas unmögliches undenkbar sei. Allein in seinem Werke »Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin« hat Enneccerus den Nachweis geführt, dass diese Windscheid'sche Prämisse, so bestechend sie auch im ersten Augenblick erscheine, weder logisch notwendig, noch im römischen Recht allgemein anerkannt sei. Insbesondere ist ihm die l. 91 §§ 5, 6 ein Beweis gegen die Windscheid'sche Ansicht. Denn hier wird »trotz der Tötung des versprochenen Sklaven, also Unmöglichkeit der Leistung desselben, als Gegenstand der Klage und Schuld nach wie vor der Sklav, (d. h. die Leistung des Sklaven) bezeichnet (adhuc homo peti possit) und ausdrücklich negiert, dass die Schuld sich in eine Interesse- d. h. Geldschuld verwandelt habe (pecuniam quae non debetur).« Ja noch mehr. In § 6 eod. heisst es, dass, wenn die Parteien es nur wollen (si hoc actum est inter partes), sogar die Novation der alten Obligation möglich sei, d. h. dass die Parteien »trotz des Todes des Sklaven eine auf die Leistung desselben gerichtete und natürlich nur durch das Surrogat der Wertleistung zu erfüllende Obligation, kurz eine Obligation genau desselben Inhalts, wie die prior obligatio ist, begründen können.«

In dieser Stelle findet Enneccerus eine Widerlegung der Windscheid'schen und eine Bestätigung der Mommsen'schen Ansicht[24b]). Nach dieser soll die Regel: impossibilium nulla est obligatio auf die Absicht der Parteien zurückführen sein und zwar folgendermassen:

»Wussten die Parteien von der Unmöglichkeit, so fehlte ihnen der ernstliche Wille. Wussten sie nicht darum, so würden sie jedenfalls diesen Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihnen die Unmöglichkeit bekannt gewesen wäre. Ob einen anderen kann nicht entschieden werden.«

24a) Windscheid, Recension zu Mommsen's »Unmöglichkeit der Leistung« in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II pag. 115. 1.

24b) Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung pag. 106, 111.

»Bei letztwiligen Verfügungen«, fährt Enneccerus fort, folgt der Satz aus dem Willen des Testators. Wusste er um die Unmöglichkeit, so fehlte ihm der ernstliche Wille oder der Gebrauch der Verstandeskräfte. Wusste er nicht darum, so muss man annehmen, er hätte, wenn mit der Unmöglichkeit bekannt, diese letztwillige Verfügung gewiss nicht angeordnet.«

Ist diese Argumentation richtig, — und ich zweifle nicht, dass sie es ist — so ergiebt sich folgeweise, dass die Entscheidung der l. 7 pr. und jene Celsus-Regel Ableitungen eines und desselben Rechtsgedankens sind. Der Grund der Ungiltigkeit liegt in beiden Fällen in dem wirklichen oder zu vermutenden Willen der Parteien. Weil die Parteien dieses Geschäft jedenfalls nicht abgeschlossen hätten, wenn ihnen das Bestehen des früheren bezw. die Ungiltigkeit dieses Geschäftes bekannt gewesen wäre, so sind die unbewusste Geschäftswiederholung und das unmögliche Geschäft ungiltig, sofern jene Vermutung in casu zutrifft[24c]). Damit gewinnen wir aus der l. 7. pr. den — soviel ich sehe — bisher noch nicht aufgestellten Satz: Die unbewusste, d. h. in Unkenntnis eines früheren Geschäftsschlusses vorgenommene Wiederholung eines Geschäftes ist ungiltig, wenn die Parteien bei Kenntnis des früheren Geschäfts die Wiederholung nicht vorgenommen haben würden. Dieser Satz gilt für einseitige, wie für zweiseitige Rechtsgeschäfte.

Mit dieser Auslegung der l. 7 pr. entfällt aber auch die Möglichkeit, diese Stelle für die Vertragsvollziehung zu verwerten, da nach deren oben gegebener Begriffsbestimmung das bloss zufällige Zusammentreffen eines Vertrags mit einer früheren Vertragsverhandlung von der Betrachtung ausgeschlossen bleibt.

So erübrigt es nur noch, die Quellenstellen unter 1 und 3 ins Auge zu fassen.

24c) Es erhellt ohne weiteres wie bei dieser Auslegung Fall und Entscheidung der l. 7. pr. der emptio rei sua (l. 16. pr. D. de contrahenda emptione 18,1, ferner l. 18 pr. eod. u. a.) ausserordentlich nahe treten.



§ 5.

1. Die unveränderte Wiederholung eines Vertrags.

Die unveränderte Wiederholung eines Vertrags ist kein neuer Vertragsschluss. Dies folgt aus den Quellenstellen unter 1.

Allerdings hat man die Worte der l. 18. D. 45,1: »qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur« auch in einem anderen Sinne als dem einer gleich anfänglichen Ungiltigkeit der Zweitobligation deuten wollen und zwar:

1) im Sinne einer gegenseitigen processualischen Konsumption[25]).

Dagegen spricht aber — abgesehen von den Argumenten gegen die Ansicht zu 2 (s. u.) —, dass die Aufhebung der zweiten Stipulation durch Konsumption erst im Moment der Klagerhebung auf Grund der ersten eintreten könnte, während in l. 18 cit. von »ipso jure non tenetur« die Rede ist.

2) als Ausschluss doppelter Zahlung[26]).

Allein einmal ist schon aus den Worten »nihil agit« der beiden Parallelstellen unter 1, l. 58. cit. und l. 9 § 2 cit., der Schluss gerechtfertigt, dass in gleicher Weise auch die l. 18 die sofortige Ungiltigkeit der Zweitstipulation[27]) habe aussprechen wollen; insbesondere aber spricht für diese Auffassung die l. 25 eod. Denn indem sie für den Fall der Exceptionsmässigkeit der Erststipulation die Obligierungskraft der Zweitstipulation ausspricht, liefert sie das argumentum e contrario, dass, wenn

---

25) Unter den neueren noch Liebe, Stipulation pag. 176 und Hartmann, Obligation pag. 153[7].

26) So Cujacius im Anschluss an Accursius, Cujacii operao mnia I. col. 1021; ferner Baehr, Anerkennung II. Aufl. p. 51[3]; Römer, bedingte Novation pag. 307 und Salkowski, Novation pag. 176. 177.

27) Denn die Worte »nihil agit« können nicht wohl anders aufgefasst werden, als dass die zweite Stipulation von vornherein nulla ist, quia nihil egisset tantummodo, si nihil postea stipulatus esset. Die gleiche Bedeutung des »nihil agit« findet sich in l. 16. § 9 D. ad leg. Jul. de adult. 48,5; l. 1. § 4 D. quando dies ususfructus 7,3 u. a. m.

der ersten Stipulation keine exceptio entgegensteht, die zweite auch nicht obligieren kann, also von vornherein unwirksam ist[28]).

Auch Degenkolb[29]) ist der Ansicht, dass die Worte der l. 18 cit. nur im Sinne einer gleich anfänglichen Ungiltigkeit verstanden werden können. Aber stimmt denn dieses Resultat mit dem Grundgedanken seiner Schrift überein? Weshalb entstehen nicht zwei konkurrierende Obligationen mit identischem Inhalt nebeneinander? Wenn die Parteien »das bereits geschlossene Geschäft nochmals schliessen wollen« — und darauf beruht doch die Degenkolb'sche Ansicht, dass die Vertragsvollziehung den Abschluss eines Zweitvertrags bilde —, so ist doch kein Grund einzusehen, warum dieser Wille an der Identität des Inhalts scheitern und der Zweitvertrag nichtig sein solle. Könnten doch dann z. B. die Parteien ihre Klage auf beide Verträge stützen in der Hoffnung, dass bezüglich des einen oder des anderen der Beweis gelingen werde, während sie so nicht einmal ihren früheren Vertragsschluss durch die Vollziehungsurkunde erweisen können. Denn da nach der Degenkolb'schen Auffassung, wie bereits oben ausgeführt, die Beweiskraft der Vertragsvollziehung nichts selbständiges ist, sondern nur vermittelt wird durch ihre Dispositivkraft, so müsste folgeweise ein Ausbleiben dieser auch die Untauglichkeit der Vertragsvollziehung zum Beweise für den mündlichen Vertrag nach sich ziehen. Dass die Praxis diese Konsequenz thatsächlich nicht zieht, konnte auch Degenkolb nicht verborgen bleiben. Statt aber darin ein Korrektiv für seine Theorie zu finden, sucht er vielmehr nur den zwischen der l. 18 und seiner Grundauffassung auf der einen, und zwischen dieser und der Praxis auf der anderen Seite bestehenden Widerspruch durch möglichste Abgrenzung der Ungiltigkeitsfälle des Zweitvertrags insofern zu mildern, dass er die in der l. 25 enthaltene Anerkennung der

---

28) Darüber ausführlich schon Donellus in seinem Commentar XI. 651; ebenso Salpius, Novation pag. 177; Mitteis, Individualisierung der Obligation pag. 6[8] u. a.

29) Degenkolb, p. 200.

Zweitstipulation infolge Wegfalls einer der Erststipulation entgegenstehenden exceptio auf das allgemeine Princip zurückführt, dass nicht die Identität des Inhalts als solche der Giltigkeit des Zweitvertrags entgegensteht, sondern nur, sofern dadurch zugleich dessen materielle inutilitas, d. h. seine völlige Zweck- und Nutzlosigkeit begründet wird[30]).

Allein selbst wenn man dieses Utilitätsprincip mit Degenkolb soweit ausdehnen und auch den Schutz gegen künftige Exceptionsmässigkeit des Erstvertrags, insbesondere gegen eine noch nicht erwachsene Verjährungseinrede, bereits als gegenwärtige utilitas für den Zweitvertrag betrachten wollte, so würde der angedeutete Widerspruch damit doch auch nicht um ein Minimum zurückgedrängt. Denn da die besonderen Vorteile, die die utilitas des Zweitvertrags trotz seiner inhaltlichen Identität mit dem Erstvertrage begründen sollen, Abweichungen in der processualischen Verfolgbarkeit des Vertrags sein müssen, derartige Abweichungen aber nicht schon durch die blosse Thatsache der Vertragsvollziehung hervorgerufen werden, sondern genau in dem gleichen Masse wie Änderungen des Inhalts von dem Willen der Parteien umfasst werden müssen, so fällt mit dem Vorhandensein dieses Willens eben der Begriff einer unveränderten Vertragswiederholung, und zeigen sich damit jene Widersprüche wieder in ihrer alten Schärfe. Thatsächlich ist denn auch eine Lösung derselben vom Standpunkte der Degenkolb'schen Theorie undenkbar.

So gelangen wir zu dem Schlusse, dass die unveränderte Vertragsvollziehung niemals ein neuer Vertragsschluss, sondern stets nur ein Beweismittel für den voraufliegenden mündlichen Vertrag sein kann.

§ 6.

2. Vertragswiederholung mit Änderung des Inhalts.

a) Wiederholung des Vertrags mit verändertem essentiale ist Abschluss eines neuen Vertrags unter Aufhebung des alten.

---

30) Degenkolb, p. 202 ff.

b) **Wiederholung des Vertrags mit Änderung in Nebenpunkten ist pactum adjectum.**

Dies schliesse ich aus den Quellenstellen unter 3.

ad a.

Die l. 2. D. 18,5 und l. 72 pr. D. 18,1 erklären den Abschluss eines Zweitkaufs mit Änderung des Kaufpreises für eine renovatio contractus[31]).

Dies hängt zusammen mit der Eigenschaft des certum pretium als eines begriffswesentlichen Kaufmerkmals. Denn, wie ein Kauf nicht ohne certum pretium zu stande kommen kann, so muss auch eine Änderung (Mehrung oder Minderung) des Preises die Aufhebung des bisherigen und die Begründung eines neuen Kaufvertrags zur Folge haben.

Zwar hat sich die Bedeutung des certum pretium für das heutige Recht insofern geändert, als darunter nicht mehr, wie im Römischen Recht, ein von Anfang an bestimmter Preis zu verstehen ist, sondern ebenso, wie bei den Leistungen sonstiger obligatorischer Geschäfte, blosse Bestimmbarkeit ausreicht[32]); allein ein essentiale des Kaufvertrags ist der Preis gleichwohl geblieben. Bevor er festgestellt, ist keine Perfektion vorhanden, und wenn er bezw. die Art seiner Bestimmung geändert wird, so zieht dies Aufhebung des Kaufes durch contrarius consensus und Begründung eines neuen mit verändertem Preise nach sich.

Bechmann[33]) freilich will entsprechend der veränderten Be-

---

31) Voraussetzung für die Möglichkeit solcher Preisänderung war im Römischen Recht res integra, d. h. es war erforderlich, dass bisher von keiner Seite geleistet oder doch das Geleistete zurückgegeben war. Da nämlich der contrarius consensus, d. i. der Aufhebungsvertrag demjenigen, der bereits geleistet, kein Rückforderungsrecht auf das Geleistete gewährte, so war in dieser Weise eine Aufhebung des Kaufes, wie überhaupt der Konsensualkontrakte, nicht möglich. Vgl. l. 5 § 1 D. de resc. vend. 18,5; l. 2, l. 3, l. 5, pr. D. eod; l. 2 Cod. quando liceat 4, 45 u. a. Heute gilt dies nicht mehr. Wird Aufhebung des Vertrags vereinbart, so giebt diese Vereinbarung selbstverständlich auch eine Klage auf Restitution des Geleisteten. Vgl. Bechmann, II pag. 469 ff. u. a.

32) Dernburg, Band, II. § 94[22] in Verbindung mit II § 15.

33) Bechmann, II. pag. 485.



deutung des certum pretium, für das heutige Recht durch Mehrung oder Minderung des Preises nicht mehr Aufhebung des Erstkaufes und Abschluss eines neuen eintreten lassen, sondern blosse Modifikation innerhalb des fortbestehenden Erstkaufes.

Darüber mag man nun denken, wie man will; jedenfalls ist aus unseren beiden leges der allgemeine Satz herzuleiten, dass die Wiederholung eines Kaufes oder überhaupt eines Vertrags mit verändertem essentiale nicht nur einen tauglichen Vertrag bildet, sondern sogar die Aufhebung des früheren Vertrags durch contrarius consensus herbeiführt und damit zum alleinigen Fundamente des Vertragsverhältnisses erhoben wird.

ad b.

Vertragswiederholung mit Änderung in Nebenpunkten ist pactum adjectum, d. h. modificierender Zusatzvertrag.

Was unter Nebenpunkten, den »adminicula contractus«, zu verstehen sei, lässt am besten sich negativ durch den Gegensatz der Essentialien ausdrücken. Alles, was nicht essentiale ist, gehört zu den Nebenpunkten.

Werden nun lediglich diese Nebenpunkte einer Änderung in dem wiederholenden Vertrage unterzogen, so gelangt neben dem Erstvertrage zur selbstständigen Geltung nur dasjenige, was an plus bezw. minus gegenüber dem Erstvertrage in dem Vollziehungsakte enthalten ist, während er in seinem bloss fixierenden Teile lediglich die Bedeutung eines Beweismittels hat. Der Erstvertrag bleibt sonach in seinem Grundbestande unverändert, er bildet nach wie vor das eigentliche Fundament des Vertragsverhältnisses, aber daneben finden sich Modifikationen in Nebenpunkten, als dem Hauptvertrage immanente und seiner rechtlichen Kraft teilhafte Nachtragsbestimmungen. Die Römer waren bekanntlich der Umgestaltung der Obligationen durch solche nachfolgenden, ex intervallo hinzugefügten pacta wenig geneigt. Erst in spätklassischer Zeit wurden Vereinbarungen zugelassen, durch welche die schuldnerische Verpflichtung gemindert wurde; und zwar behandelte man dieselben als integrierende Bestandteile der Hauptobligation: pacta conventa quae

postea facta detrahunt aliquid emptioni contineri contractui videntur (l. 72 pr. cit.), so dass sie nicht bloss eine Einrede für den Schuldner erzeugten, sondern die Klage aus der Obligation selber umformten, d. h. auf den Inhalt des pactum beschränkten.

Als ein Beispiel solcher mindernden Zusatzverträge nennt uns die l. 72 cit. das pactum ne cautio duplae praestetur. Zusatzverträge dagegen, durch welche für den Schuldner eine besondere Verpflichtung begründet oder die auf der Obligation beruhende erweitert wurde, hat das Römische Recht zu keiner Zeit anerkannt: quae vero adjiciunt (pacta) credimus non inesse. Sie konnten also nicht mit der Klage aus der Obligation geltend gemacht werden, sondern nur im Wege der Exception, und auch dies nur dann, wenn es ex parte rei einen Vorteil darbot. Dies galt sogar für bonae fidei judicia[34]). Ein Beispiel hierfür ist das pactum ut cautio cum fideiussore praestetur, indem nämlich einfaches repromittere die Regel war. Sollte in solchen Fällen eine Umgestaltung der Obligation selber bewirkt werden, so musste man zu dem Mittel der Novation greifen[35]).

Der Grund für die Unveränderlichkeit einmal begründeter Obligationen durch nachfolgende pacta ist im Römischen Recht offenbar in der Ungiltigkeit der formlosen Vorträge enthalten; denn das pactum, welches Nebenpunkte mit obligatorischer Wirkung begründen will, ist weder selbst ein Konsensual-Kontrakt, noch, da es erst später geschlossen ist, Teil eines solchen. Heutzutage dagegen, wo die Klagbarkeit der formlosen obligatorischen Verträge schlechthin anerkannt ist, ist damit ohne weiteres auch die beliebige Umgestaltung von Obligationen durch nachfolgende Zusatzverträge freigegeben[36]).

---

34) Ulpianus libro IV. ad edictum l. 7, § 5. D. de pactis 2,14. Vgl. auch l. 13 Cod. de pactis 2,3 und Bechmann Kauf II pag. 480.

35) Vgl. Peruise in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 9. pag. 212, woselbst auch über das Verhältnis der l. 7. § 6. D. de pactis zu der im Text vertretenen Auffassung gehandelt wird.

36) Über die unbegrenzte Mannigfaltigkeit solcher Nebenberedungen vgl. Bruns in Holtzendorff's Enc. V. Aufl. Bd. I. pag. 506 u. a.

Ziehen wir hieraus die Konsequenzen für die Vertragsvollziehung, so gewinnen wir die Sätze:

a) die Vollziehung eines mündlichen Vertrags mit verändertem essentiale ist Abschluss eines neuen Vertrags unter Aufhebung des alten.

b) die Vollziehung eines mündlichen Vertrags mit Änderung in Nebenpunkten ist pactum adjectum des alten Vertrags.

Im Punkte zu a befinden wir uns im Einvernehmen, in dem zu b im Widerspruch mit der Degenkolb'schen Ansicht, denn während Degenkolb die Vertragsvollziehung auch bei Änderung blosser Nebenpunkte als einen vollständig neuen Vertrag entstehen lässt, der zwar nicht, wie bei wesentlicher Änderung, zur Aufhebung des Erstvertrags führt, aber doch als ein zweiter wesensgleicher Vertrag zu diesem hinzutritt, gelangt nach der hier vertretenen Auffassung lediglich derjenige Teil der Vertragsvollziehung, welcher die betreffenden Änderungen enthält, neben dem mündlichen Hauptvertrage als ein pactum adjectum zu selbstständiger Geltung, während der bloss fixirende Teil der Vollziehungsurkunde lediglich zum Beweise des mündlichen Vertrags geeignet ist.

§ 7.
3. Vertragswiederholung unter Beseitigung eines dem Erstvertrage anhaftenden Mangels.

Ist der Erstvertrag aus einem den zweiten Vertrag nicht treffenden Grunde nichtig oder anfechtbar, so besteht der zweite, wenn ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht oder die Absicht, den Vertrag neu abzuschliessen, vorliegt, — sonst nicht.

Wenn daher Wiederholung eines Vertrags stattfände, um dadurch die Mängel des Erstvertrags in Fortfall zu bringen, so würde diese Absicht die rechtliche Sanktion selbst dann finden, wenn der Inhalt der Vertragswiederholung der ursprünglichen Abrede völlig identisch wäre, da eben durch jene Zweckbeziehung ihre Vornahme hinlänglich motiviert ist. Dies folgt aus der oben in § 5 besprochenen l. 25. D. 45,1.

Dabei kann der Mangel, der durch die Vertragserneuerung seine Heilung finden soll, entweder ein solcher sein, der den Erstvertrag nichtig, oder einer, der ihn nur anfechtbar macht. Dort ist die Absicht, den Vortrag neu abzuschliessen, hier der Verzicht auf das Anfechtungsrecht erforderlich, damit die Vertragswiederholung wirksam werde. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Geltendmachung des den Erstvertrag treffenden Mangels gegenüber dem vollziehenden Vertrage undenkbar.

Grundsätzlich verschiedener Natur sind auch hier die Konsequenzen der Degenkolb'schen Lehre. Von dem Gedanken ausgehend, dass die Vertragsvollziehung stets ein vollständig neuer und selbständiger, »aus sich heraus wirkender und auszulegender« Vertrag sei, gelangt Degenkolb zu dem notwendigen Schlusse, dass Mängel, welche dem Erstvertrag anhaften, dem vollziehenden Vortrage nur zu schaden vermögen, wenn und soweit sie auch diesem gegenüber selbstständig zur Entstehung gelangt sind.

Während nach unsrer Auffassung also in jedem einzelnen Falle der Wille der Parteien, den Vertrag neu abzuschliessen, oder der Verzicht auf das dem Erstvertrage entgegenstehende Anfechtungsrecht zu erweisen ist, um die Mängel des Erstvertrags für den Vollziehungsakt zu beseitigen und diesen selber zur Existenz zu bringen, soll diese Folge nach der Degenkolb'schen Ansicht schon durch die blosse Thatsache der Vollziehung als solche bewirkt werden. Ein Beispiel möge den praktischen Unterschied der beiden Ansichten noch näher vor Augen führen.

Der Prokurist eines Getreidehändlers schliesst im Namen seines Principals einen Kaufvertrag über eine Wagenladung Getreide. Bei dem Kauf läuft ein Irrtum des Prokuristen über die Getreideart unter, der als error in objecto den Kauf hinfällig macht. Als nun der Getreidehändler späterhin von diesem Geschäfte Kenntnis erhält, bemerkt er zwar sofort, dass das Getreide weit unter dem Preise verkauft sei, allein da er gar keine Ahnung davon hat, dass der ungünstige Verkauf lediglich

durch einen Irrtum seines Prokuristen herbeigeführt sei, so hält er das Geschäft — trotz des ihm eben unbekannten Identitätsirrtums — für giltig abgeschlossen und sich selber darum noch dem Principe der direkten Stellvertretung für gebunden. So kommt es, dass er lediglich in der Annahme dieser seiner Gebundenheit und nicht etwa, um den — ihm keineswegs genehmen — Kaufvertrag des Prokuristen in seiner Person von neuem abzuschliessen, den mündlichen Vertragsschluss des Prokuristen in Schrift wiederholt. Die Frage, ob der schriftliche Vertrag giltig, und der Kaufmann thatsächlich gebunden sei, muss vom Standpunkt der Degenkolb'schen Auffassung bejahend, von dem hier vertretenen verneinend beantwortet werden. Denn der mangelnde Wille des Principals, den ungiltigen Erstkauf von neuem abzuschliessen, steht nur hier, nicht dort auch der Giltigkeit des Zweitkaufs entgegen.

Welches Resultat den Anforderungen der Gerechtigkeit in höherem Masse entspreche, darüber dürfte wohl kein Zweifel sein.

§ 8.

Die Verjährung der ädilitischen Klagen richtet sich nach dem alten Vertrag.

Die Begründung dieses Satzes liegt in den Ausführungen des vorigen §. Denn wenn der inhaltlich identische Zweitvertrag nur zu stande kommen kann unter dem ausdrücklichen Verzicht auf das dem Erstvertrag entgegenstehende Anfechtungsrecht, so ergiebt sich folgeweise, dass auch die Verjährung der auf die Anfechtung des Kaufes wegen Mängel des Kaufobjektes gerichteten ädilitischen Rechtsmittel sich ausschliesslich nach dem alten Vertrage richten kann.

Anders auch hier wieder das Ergebnis der Degenkolb'schen Lehre. Sie muss dazu gelangen, einen getrennten Verjährungslauf anzunehmen, je nachdem die Mängel des Kaufobjekts vor oder nach der schriftlichen Vollziehung hervorgetreten und dementsprechend die ädilitischen Rechtsmittel dem Erst- oder Zweitvertrage gegenüber erwachsen sind.




Google